

ANDREAS BESSENYŐ

Kauf unbestimmter Mengen von Fungibilien oder Sachgesamtheiten

Kritische Bemerkungen zur romanistischen Lehre vom Kauf zukünftiger
Dinge

1. Problemstellung

Traditionell teilt die romanistische Lehre den Kauf zukünftiger Dinge in zwei, bzw. drei Typen auf. Geläufig ist die Aufteilung in *Kauf erhoffter Dinge* (*emptio rei speratae*) und *Hoffnungskauf* (*emptio spei*). Dazu fügen einige Schriftsteller noch den Kauf des noch vom Verkäufer anzufertigenden Dinges als Kauf zukünftiger Dinge in engerem (eigentlichem) Sinne (*emptio rei futurae*) hinzu.¹ In diesem Fall ist die Ware im Zeitpunkt des Vertragsschlusses tatsächlich noch nicht existent, darum kann dieses Geschäft ohne weiteres als Kauf eines zukünftigen Dinges (*emptio rei futurae*) bezeichnet werden. Allein es hängt hier die Entstehung der Kaufsache beinahe ausschliesslich von menschlicher Werk Tätigkeit ab, während in den beiden vorher genannten Fällen vielmehr reine Naturvorgänge den Ausschlag geben. Beim Hoffnungskauf dagegen nicht einmal von zukünftigen Dingen die Rede sein kann, wie bald gezeigt wird. Darum scheint uns der *Kauf zukünftiger Dinge* als obligationenrechtliche Kategorie, die die genannten drei Typen umfassen will, recht artifiziell und nichtssagend. In der folgenden Untersuchung lassen wir den Kauf des noch anzufertigenden Dinges völlig beiseite und befassen uns ausschliesslich mit der *emptio rei speratae* und der *emptio spei*.

¹ KARL CZYHLARZ – MARIAN SAN NICOLÓ: *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts* (18. Aufl., Wien – Leipzig 1924), S. 236, zählt den Kauf eines erst noch anzufertigenden Kleides noch zur *emptio rei speratae*. Eine eigenständige Kategorie (*emptio rei futurae*) nach FERENC BENEDEK: *Római magánjog. Dologi jog – Kötelmi jog* (Römisches Privatrecht. Dingliches Recht – Obligationenrecht) (Pécs 1993), S. 171., ANDRÁS FÖLDI – GÁBOR HAMZA: *A római jog története és intézményei* (Geschichte und Institutionen des römischen Rechts) (Budapest 1996), S. 501. Gegen diese Systematisierung Alfredo Calonge, *La compraventa civil de cosa futura* (Salamanca 1963), S. 18–19.

Kauf erhoffter Dinge (*emptio rei speratae*) ist den Quellen zufolge der vorherige Kauf zukünftig entstehender Agrarprodukte, Tierjunge oder Sklavenkinder. Pomponius belehrt uns nämlich, dass obwohl ohne Kaufsache kein Kauf zustande kommen kann, zukünftige Früchte und Sklavenkinder jedoch zu kaufen sind („*Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur...*“) (D. 18,1,8 pr., Pomp. lb. nono ad Sab.). Es liegt auf der Hand, dass *partus* im zitierten Text ausschliesslich auf Sklavenkinder zu beziehen ist, denn *fructus* schliessen in sich bekanntlich auch Tierjunge ein. Weiterhin ist ohne Bedenken einzusehen, dass der Reifezustand der zukünftigen Früchte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses juristisch völlig irrelevant ist. Es mag freilich vorkommen, dass die zukünftige Frucht bereits auf dem Halme steht (*fructus in herbis*), das Muttertier trächtig, die Sklavin schwanger ist. Dass die Kaufsache sich schon im Gang der Entwicklung befindet, ist jedoch keine unerlässliche Voraussetzung des Kaufabschlusses.

Nun lehrt die überwiegend herrschende Ansicht in der romanistischen Doktrin, dass der Kauf zukünftiger Früchte oder Sklavenkinder ein Geschäft unter aufschiebender Bedingung ist: die Vereinbarung der Parteien tritt selbstverständlich nur dann in Kraft, wenn sich die erhoffte Sache, die den Gegenstand des Kaufgeschäfts bildet, verwirklicht. Anderenfalls ist das Geschäft gegenstandslos, als ob die Parteien nicht einmal miteinander vereinbart hätten. Daraus folgt weiter, dass wenn das Geschäft mangels Kaufgegenstandes nicht wirksam wird, der Käufer ohne Preiszahlung davongeht.

Ein ganz verschiedenes Geschäft sieht die romanistische Lehre im sog. Hoffnungskauf (*emptio spei*). Es geht hier – wie die Schulbeispiele in unserem Text aufweisen – darum, dass ein Fischer den Ertrag eines zukünftigen Fischzuges, ein Jäger den Ertrag einer zukünftigen Vogel- oder Wildjagd schon im voraus zu einem Pauschalpreis verkauft. In diesem Fall ist der Käufer unbedingte verpflichtet, die ausbedungene Geldsumme zu bezahlen, d. h. auch dann, wenn der Fisch-, Vogel- oder Wildfang völlig erfolglos ausfällt. Denn das Kaufgeschäft, erklärt uns Pomponius des weiteren, tritt hier auch in diesem Fall in Kraft, es handelt sich ja hier um einen Hoffnungskauf („*emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est...*“) (D. eo. 1). Den für den Käufer so enttäuschenden Ausfall des Geschäfts, dass er den Vollpreis bezahlen muss, obwohl er so gut wie nichts in die Hände bekommt, führt also Pomponius auf den Hoffnungskauf zurück. Und daraus zieht die herrschende Lehre den verblüffenden Schluss: na ja, es ist bloss Hoffnung verkauft und die Hoffnung mag einen gegebenenfalls bitter enttäuschen.

Es gibt grundlegende Bedenken, die sich angesichts dieser Lehrsätze, die in der romanistischen Doktrin seit der Glosse gang und gäbe vertreten sind, einem aufmerksamen und unbefangenen Beobachter aufdrängen wollen. Ist es richtig, dass die *emptio rei speratae* ein bedingtes Kaufgeschäft sei? Ist es überhaupt denkbar, dass der Hoffnungskauf wirklich Kauf von Hoffnung als Ware sei?

Wir wissen zwar nur zu gut, dass Liebe in aller Welt verkäuflich ist und dass verkäufliche Liebe enormen Geschäftsgewinn in der Handelsgeschichte der Menschheit ertragen hat. Dennoch leuchtet uns ohne weiteres ein, dass verkäufliche Liebe und Hoffnungskauf nicht auf einem Blatt stehen können.

Im Folgenden versuchen wir diesen Bedenken in dogmatischer und praktischer Hinsicht nachzugehen und eine einwandfreiere Konstruktion für die in Frage stehenden Phänomene zu umreißen.

II. Ist die *emptio rei speratae* ein bedingtes Kaufgeschäft?

Vorbereitende dogmatische Überlegungen

Ein *Kaufvertrag* als Willensvereinbarung des Verkäufers und des Käufers ist ein zweiseitiger Rechtsakt, wodurch sich die Parteien gegenseitig zum Vollzug eines Kaufs verpflichten. Der Kaufvertrag ist also grundsätzlich ein obligatorisches *Verpflichtungsgeschäft*. Der Vollzug des Kaufs besteht darin, dass der Verkäufer dem Käufer die Kaufsache, die Ware übergibt und der Käufer dem Verkäufer den Kaufpreis, eine bestimmte Geldsumme bezahlt. Der Vollzug des Kaufs ist also beiderseits ein dingliches *Verfügungsgeschäft*.

Die gegenseitigen Verpflichtungen und Berechtigungen der Parteien, den gemeinsam vereinbarten Kauf zum Vollzug zu bringen, machen das *Kaufverhältnis* aus. Das Kaufverhältnis ist ein obligatorisches Rechtsverhältnis, das aufgrund des Kaufvertrags, den die Parteien abgeschlossen haben, zustande kommt. Kaufverhältnis als zweiseitige Obligation und Kaufvertrag als zweiseitiger Rechtsakt sind also miteinander nicht zu verwechseln. Der Kaufvertrag ist der Grund – Ursache im juristischen Sinne – des Kaufverhältnisses.

Der Abschluss des Kaufvertrags fällt aber nicht jedenfalls mit dem vollständigen Zustandekommen des Kaufverhältnisses in eins. Es mag vielfach vorkommen, dass der Vollzug des Kaufs, d.h. die Übergabe der Ware und die Bezahlung des Preises im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht möglich ist. Demzufolge ist die unmittelbare Erfüllung der gegenseitigen Verpflichtungen von seiten der Parteien in diesem Zeitpunkt selbstverständlich noch nicht zu erwarten. Das Kaufverhältnis ist mit dem Vertragsschluss noch nicht vollwirksam, *perfekt* geworden.

Die Gründe, die das Perfektwerden des Kaufverhältnisses verhindern, sind zweierlei Art. Einerseits mögen sie von der Willensvereinbarung der Parteien abhängen, in diesem Sinne sind also subjektiv. Andererseits hängen sie mit objektiven Tatumständen zusammen, sind also in diesem Sinne objektiv.

Subjektiv ist, wenn die Parteien an den Kaufvertrag eine aufschiebende Bedingung hinzufügen. Diese Bedingung beeinträchtigt das Vollwirksamwerden des Kaufverhältnisses, solange sie nicht eintritt. Diese

Aufschiebung der Perfektion des Kaufverhältnisses hängt aber allein vom Willen der Parteien ab: sie selbst haben ja in die Bedingung als Bestandteil des Kaufvertrags eingewilligt. Darum scheint es vollkommen abwegig, danach zu fragen, wie es Krückmann² will, zugunsten welcher der Parteien die Bedingung vereinbart ist. Da beide darin einverstanden sind, ist die Annahme unentrinnbar, dass sie beide für vorteilhaft halten.

Es kommt aber manchmal vor, dass objektive Tatumstände, die beim Vertragsschluss vorhanden sind, das vollständige Inkrafttreten des Kaufverhältnisses hintanhaltend. Die Verpflichtung des Verkäufers, die Ware zu übergeben, kommt offensichtlich nicht zustande, wenn sich die Ware noch nicht in dem physischen Zustand befindet, in dem sie übergeben werden kann. Die Verpflichtung des Käufers, den Kaufpreis zu bezahlen, kommt unter solchen Umständen ebensowenig zustande, wie wenn die Preissumme aus irgendwelchem Grunde noch nicht zahlenmässig genau bestimmbar ist. Das Vorhandensein solcher Tatumstände schliesst jedoch den gültigen Abschluss des Kaufvertrags keineswegs aus.

Es empfiehlt sich nun unbedingt, um der dogmatischen Klarsicht willen, diese Kategorien – Kaufvertrag, bzw. Kaufverhältnis – folgerichtig auseinanderzuhalten. Um Perfektwerden lässt sich mit Fug nur in bezug auf das Kaufverhältnis sprechen, es bedeutet nämlich nichts anderes als das vollwirksame Inkrafttreten des Rechtsverhältnisses, aufgrund dessen der Verkäufer zur Übergabe der Ware, der Käufer zur Kaufpreiszahlung verpflichtet ist. Wollte man allerdings vom Perfektwerden des Kaufvertrags reden, so wäre eine solche Redeweise zwar nicht ohne weiteres abzulehnen. Es wäre jedoch unumgänglich, die Bedeutungen des Wortes 'Vertrag' uns einmal klarzumachen. 'Vertrag' mag nämlich, ebenso wie 'Rechtsakt' im allgemeinen, zweierlei bedeuten. Einerseits den institutionellen Tatbestand des Vertragsschlusses, den Rechtsakt im aktiven Sinne. Andererseits die normative Wirkung dieses Tatbestandes, den Vertragsinhalt, das durch den Vertragsschluss (= Vertrag im aktiven Sinne) zustande gebrachte obligatorische Rechtsverhältnis (=Vertrag im normativen Sinne). Um möglichen Missverständnissen vorzubeugen, gebrauchen wir stets das Wort 'Kaufvertrag' im aktiven, das Wort 'Kaufverhältnis' im normativen Sinne.

Hieraus ergibt sich zugleich mit voller Klarheit, dass Flumes Lehrsatz,³ wonach das Perfektwerden des Kaufs wie jeder Bedingungseintritt im allgemeinen nach der ursprünglichen Auffassung der Römer auf den Rechtsakt selbst, nicht auf das Rechtsverhältnis zu beziehen sei, ein vollkommener

² PAUL KRÜCKMANN: Einige Randfragen zum *periculum emptoris*, SZ 59 (1939) 19ff.

³ Vgl. neuestens WERNER FLUME: *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken* (Paderborn-München-Wien-Zürich 1990), S. 111–119 (Kaufperfektion), 120–170 (bedingter Rechtsakt). Früher s. WERNER FLUME Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker, SZ 92(1975), 69–129. Flume schliesst sich an WOLFGANG ERNST: *Periculum est emptoris*, SZ 99(1982), 224, 228–229.

Leergang ist. Denn versteht man den 'Rechtsakt' im aktiven Sinne, so sagt die These eine Absurdität aus. Wie wäre es doch denkbar, dass ein Tatbestand, der in menschlicher Aktivität besteht, erst später zustande kommt, nachdem die Personen ihre Betätigung zeitlich schon früher vollzogen haben? Nimmt man dagegen 'Rechtsakt' im normativen Sinne hin, so kehrt man eigentlich zum angefochtenen Standpunkt zurück.

Ein anderer dogmatischer Fehltritt ist, wenn man Bedingungseintritt und Perfektwerden unumsichtig miteinander verwechselt. Aus dem Satz, dass jeder Bedingungseintritt Perfektwerden ist, lässt sich nicht schliessen, dass jedes Perfektwerden eigentlich Bedingungseintritt ist, wie z. B. Friedrich Mommsen tut.⁴ Die Verzögerung des Perfektwerdens kann – wie gezeigt – teils auf den subjektiven Willensentschluss der Parteien, teils auf objektive Tatumstände zurückgeführt werden. Im ersten Fall sind die Parteien keineswegs verpflichtet, den Bedingungseintritt tätig herbeizuführen. Ihre Verpflichtung, die bereits aufgrund des imperfekten Rechtsverhältnisses ihnen obliegt, beschränkt sich allein darauf, den möglichen Bedingungseintritt nicht zu verhindern. Wesentlich anders verhält es sich mit dem anderen Fall. Verhindern das Perfektwerden objektive Tatumstände, sind die Parteien zweifellos verpflichtet, diese tatsächlichen Hindernisse zu beheben, das Perfektwerden mit allen möglichen Mitteln zu befördern.

Unsere Distinktion steht im Einklang mit der herkömmlichen Lehre, die zwischen wesentliche und gelegentliche Bestandteile des Rechtsgeschäfts unterscheidet. Die hinreichende Bestimmung der Ware und des Kaufpreises sind schlechthin unentbehrlich, um von einem Kauf sprechen zu können. Sie gelten daher als *wesentliche Bestandteile* des Kaufgeschäfts (*essentialia negotii*). Dagegen mag eine aufschiebende Bedingung gelegentlich nach Gutdünken der Parteien hinzugefügt werden, sie ist daher als ein *gelegentlicher Bestandteil* des Kaufgeschäfts (*accidens negotii*) anzusehen.

Schlussfolgerungen auf die *emptio rei speratae*

Aus dem Vorangehenden lässt sich begründet – entgegen der herrschenden Lehre – der Schluss ziehen, dass die *emptio rei speratae* für die Klassiker, namentlich Pomponius, keineswegs ein bedingtes Kaufgeschäft gewesen sein mag. Es handelt sich hier offenbar nicht um eine aufschiebende Bedingung und deren Eintritt, sondern um das nachträgliche Perfektwerden des Kaufverhältnisses durch das Entstehen der Kaufsache.

Mit feinem dogmatischem Sinn haben darauf schon einige Schriftsteller, denen der Unterschied zwischen wesentlichen und gelegentlichen Bestandteilen

⁴ FRIEDRICH MOMMSEN *Beiträge zum Obligationenrecht* I. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse (Braunschweig 1853), S. 337: „Alle Fälle eines imperfecten Kaufcontracts lassen sich unter den Begriff des bedingten Kaufs subsumiren...“

nicht verborgen blieb, hingewiesen. So Friedrich Endemann⁵ und Fernand De Visscher,⁶ denen der Mut nicht fehlte, die seit dem Mittelalter monoton wiederholte Lehre kritisch zu überprüfen.

Insoweit können wir auch der Feststellung von Volker Kurz völlig zustimmen: „Der Kauf in D. 18,1,8 pr. ist aber kein bedingter Kauf, geschweige denn ein Kauf mit rückwirkender Bedingung“. Es steht auf einem anderen Blatt, dass seine Argumentation in sich widerspruchsvoll und unklar ist. So ist es u. E. gar nicht überraschend, dass es ihm gelungen ist, Reinhard Zimmermann⁷ über die Richtigkeit seiner These zu überzeugen.

Kurz nimmt an, man habe ursprünglich ausschliesslich hängende oder stehende Früchte, gezeugte Tierjunge oder Sklavenkinder gekauft. Diese Annahme hat allerdings nichts gegen sich. Diesen Fall konnte man zwar bedenkenlos als unbedingtes, keineswegs aber als perfektes Geschäft ansehen, wie Verfasser vermutet. Dass Perfektwerden mit Bedingungseintritt nicht ohne weiteres zu verwechseln ist, wissen wir ja schon von vorher. Des weiteren will Kurz die noch nicht hängenden oder stehenden, sogar die noch nicht einmal ausgesäten Früchte, gezeugten Leibesfrüchte, um der Unbedingtheit der *emptio rei speratae* willen, als vorhanden angesehen wissen. Diese Annahme würde aber gegen die gesunde Vernunft verstossen. Man könnte sich doch kaum allenfalls berechtigt finden, alles willkürlich so zu nehmen, wie man will. Besonders töricht wirkt die Annahme des Verfassers, Pomponius wolle die spätere Geburt als nachträgliche Bestätigung des Vorhandenseins des *partus in utero* im Zeitpunkt des Kaufabschlusses gelten lassen. Das Vorhandensein des *partus in utero* zurzeit des Vertragsschlusses lässt sich, falls wirklich dies der Fall ist, ärztlich mit hinreichender Verlässlichkeit feststellen, einer nachträglichen Bestätigung bedarf diese Tatsache überhaupt nicht. Aber trotz des mit so guter Bestimmtheit festgestellten Vorhandenseins des *partus* wird der Kauf nicht perfekt und – im Sinne Kurz' – unbedingt.⁸

Zieht aber nicht Pomponius selbst die Geburt des *partus* zurück auf den Zeitpunkt des Kaufabschlusses („...ut cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur...“) (ibi.)? Ein

⁵ FRIEDRICH ENDEMANN: Die Lehre der *emptio rei speratae* und *emptio spei* und deren Bedeutung für das heutige Recht. *Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, 12 (1885) Endemann 396: „Die spätere Entstehung des zukünftigen Gegenstandes erfüllt lediglich ein Essentiale des Kaufes. Das Vorhandensein eines solchen ist nicht als Bedingung, die accidentiell zu einem an sich vollkommenen Rechtsgeschäft hinzutritt, zu bezeichnen, ...“ Vgl. hier auch Anm 111, wo er sich entgegen Windscheids Auffassung, es handele sich bei der *emptio rei speratae* um eine *condicio iuris*, sehr angebracht auf D. 45,1,73 beruft.

⁶ FERNAND DE VISSCHER: *La vente de choses futures et la théorie du risque contractuel* (Bruxelles-Berlin-Paris 1914), S.88–89.

⁷ REINHARD ZIMMERMANN: *The Law of Obligations* (1992), S.246, Anm. 80.

⁸ Vgl. VOLKER KURZ: „*Emptio rei speratae*“ „Pura“ oder „sub condicione“? *Labeo* 20 (1974) 194–209, bes. S. 207–209.

auffallendes Anzeichen dafür, dass es sich hier doch um einen Bedingungseintritt handelt! Allein man darf sich hier nicht beirren lassen! Pomponius verwendet die gedankliche Figur der Rückziehung ausschliesslich auf die Geburt des *partus*. Nichts berechtigt uns dazu, diese Konstruktion ohne weiteres auf die *fructus futuri* zu übertragen, wie es Seckel-Levy⁹ unbesonnen tun. Wir wissen ja, dass *partus* hier eindeutig Sklavenkind bezeichnet. So liegt der Schluss nahe: Pomponius bedient sich hier der Fiktion der *nasciturus*-Regel, um eventuelle Einsprüche des Käufers gegen den Verkäufer nach der Geburt angesichts des *partus* – z.B. es ist wider seine Erwartungen ein Mädchen geboren, das Neugeborene scheint ein Schwächling oder Kränkling zu sein – im voraus abzuwehren. Nicht einmal die Gewährung der *actio empti* gegen den Verkäufer, der das Perfektwerden vertragswidrig verhindert (... "*sed si egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse <constat>*"), zwingt uns zur Annahme, Pomponius wolle hier die *condicio pro impleta habetur*-Regel zur Anwendung bringen.¹⁰ Das unbedingte, aber noch imperfekte Kaufverhältnis bewirkt ja schon – wie oben dargelegt – an sich die rechtliche Verpflichtung, das Perfektwerden aktiv zu befördern.

Das Problem der *emptio ad mensuram*

Eine andere, vielfach besprochene Quellenstelle im selben Digestentitel scheint uns jedoch nahezulegen, zwei hervorragende klassische Juristen, Sabinus und Cassius hätten Perfektwerden mit Bedingungseintritt im wesentlichen gleichsetzen oder irgendwie unter einen Hut nehmen wollen. Gaius berichtet uns nämlich in einem anscheinend unversehrt erhalten gebliebenen Passus seines Kommentars zum Provinzialedikt, dass die führenden Lehrer seiner Schule, Sabinus und Cassius das Perfektwerden eines Quantitätskaufs (*emptio ad mensuram*) durch Zumessung, Zuwägung, Zuzählung der Ware als Bedingungseintritt aufzufassen geneigt gewesen seien.

Seckel-Levy¹¹ und in ihrer Folge andere Autoren – Beseler,¹² der ungarische Barnabás Kiss,¹³ Frank Peters,¹⁴ vorsichtig Wolfgang Ernst,¹⁵ vor kurzem Martin

⁹ EMIL SECKEL-ERNST LEVY: Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht, SZ 47 (1927).

170. Anm. 8.

¹⁰ Vgl. die merkwürdige Argumentation, mittels deren David Daube, Condition prevented from materialization, TR 28 (1960) 282–289, entgegen Guido Donatuti, Sull'adempimento fittizio delle condizioni, SDHI 3 (1937) 72–73, darzutun sucht, dass die *condicio pro impleta habetur*-Regel in unserem Fall unbrauchbar ist. ANTONIO MASI: Studi sulla condizione nel diritto romano (Milano 1966), S. 224–225, kehrt jedoch entgegen Daube zur Anwendung der Regel zurück. Masi, S. 159, versteht auch nicht, warum die Rückziehung im Text nur auf die Geburt des *partus* angewendet wird. Die Rückwirkung athetiert Pringsheim, SZ 44(1924)430, Anm. 7, den Passus radikal umgestaltet Beseler, TR 8 (1928) 287.

¹¹ SECKEL-LEVY (o.Anm.9), S. 186–188, Rekonstruktion der Gegenmeinung durch Levy, bzw. Seckel S.188.

Pennitz¹⁶ – nehmen an, Gaius vertrete hier die Lehre der sabinianischen Schulhäupter, die entgegengesetzte Meinung der Prokulianer sei aber der Kürzung halber durch die Kompilatoren gestrichen worden. Die Prokulianer hätten nämlich angenommen, falls die zu übergebende Quantität bereits konkret bestimmt dasteht und die Zumessung, Zuwägung, Zuzählung der Warenmasse bloss zwecks Preisbestimmung benötigt ist, sei der Kauf schon mit Kaufabschluss perfekt geworden.

Somit erscheint in der romanistischen Literatur – neben der berüchtigten „Jagd nach Interpolationen“ – die vielmals ebenso übertriebene und willkürliche „Jagd nach Klassikerkontroversen“.¹⁷ Obwohl die Existenz zahlreicher Klassikerkontroversen freilich nicht im mindesten in Zweifel gezogen werden darf, entbehrt die Annahme einer Klassikerkontroverse in unserem Fall jeder denkbaren Grundlage. Gaius spricht in unserem Text über Zumessung, Zuwägung, Zuzählung von Fungibilien (vertretbarer Sachen) ganz im allgemeinen. Die Auslegung der erwähnten Verfasser, die die in Frage stehende Betätigung auf den Fall einer schon konkret bestimmten, vorhandenen Warenmasse,¹⁸ wo nur noch die Preisbestimmung erübrigt, beschränken wollen,

¹² Rekonstruktion TR 8(1928)291.

¹³ BARNABÁS KISS: A „veszély” kérdése adásvételnél (Die Frage der Gefahrtragung beim Kauf) II. Periculum emptoris (Kecskemét 1943), S. 147.

¹⁴ FRANK PETERS: Periculum est emptoris, in *Iuris Professio, Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag* (Wien-Köln-Graz 1986), S. 227.

¹⁵ ERNST (o.Anm.3), S. 236: „Nicht auszuschliessen ist die Annahme Seckels...” S. hier auch Anm. 62.

¹⁶ MARTIN PENNITZ: Die Gefahrtragung beim Weinverkauf, TR 62 (1994) 262–265.

¹⁷ Eine andere „Klassikerkontroverse“ wollen SECKEL-LEVY (o.Anm.9), S. 164–170, herausspüren aus dem Umstand, dass Paulus in D. 18,6,8 pr. die Lehre von Proculus und Octavenus anführt, woran sich dann angeblich Pomponius anschliesst. Die Prokulianer hätten also die Ansicht vertreten, dem Bedingungeintritt sei rückziehende Kraft auch in bezug auf die Gefahrtragung des Käufers zu verleihen. So auch ERNST (o.Anm.3), S. 227–229 mit Anm. 41. Eine solche, gegen den gesunden juristischen Sinn verstössende Ansicht den Prokulianern zuzumuten, ist jedoch vollkommen abwegig. Es liegt auf der Hand, dass die Preisgefahr dem Käufer nach dem Untergang der Kaufsache nachträglich aufgrund des Bedingungeintritts keineswegs anzulasten ist. Die papinianische Maxime in F.V.16 beruft sich nicht auf die Rückwirkung und ist wohl anderweitig zu erklären. Gegen die vermutete prokulianische Meinung mit guten Gründen auch BARNABÁS KISS (o.Anm.13), S. 107–109.

¹⁸ SECKEL-LEVY (o.Anm.9), S. 182: „Zuvor hebt das *omne vinum etc.* sachgemäss hervor, dass in beiden Fällen ein Kauf des ganzen Vorrates und damit ein Spezieskauf in Frage steht...” Demgegenüber schon richtig FRANZ HAYMANN: Zur Klassizität des *periculum emptoris*, SZ 48 (1928) 377–378: „Aber selbst der jetzige Wortlaut zwingt nicht schlechthin zu der Annahme, dass mit dem *quod si vinum ... oleum ... frumentum ... argentum ... ita venierit ut in singulas amphoras ... certum pretium diceretur* ein reiner Spezieskauf gemeint sein müsste”. Eine reine Spezieskauf nimmt noch immer PENNITZ (o.Anm.16), S.262 („eine vorhandene Warenmenge”) mit Anm. 49, an. Anders schon J.A.C.THOMAS: Marginalia on *certum pretium*, TR 35 (1967) 86, aber s. auch 88, wo er die vermutete prokulianische Meinung für unwahrscheinlich hält („... it is difficult to see how the Proculians could have had a different view”), und FRANCO CASAVOLA: *Emptio pondere numero mensura*, Scritti Jovene (1954), S. 560, 577–580, für mich nicht zugänglich. Unklar ERNST (o.Anm.3), S.235–236. Es ist nicht klar zu sehen, was bei Ernst die

ist darum unbegründet und tendenziös. Es liegt auf der Hand, dass es Gaius nicht darauf ankommt, ob die zu übergebende Warenmenge von Fungibilien bereits individuell bestimmt ausgewählt ist oder nicht. Was Gaius vor den Augen schwebt, mag gegebenenfalls ein reiner Gattungskauf (Genuskauf) sein!¹⁹ Unsere Verfasser wählen aber begreifbar die erwähnte einschränkende Auslegung (*interpretatio restrictiva*), um die erwünschte Klassikerkontroverse erdenklich erscheinen zu lassen.

Aber auch abgesehen von dieser handgreiflichen *petitio principii*, ist die angebliche prokulianische Ansicht mit dem eigenen, übrigens sehr nüchternen Standpunkt von Seckel-Levy gänzlich unvereinbar. Nimmt man nämlich in der Tat an, den Prokulianern gemäss werde der Kauf bereits ohne Zumessung, Zuwägung, Zuzählung der Warenmenge perfekt, so verstösst diese Lehre unversöhnlich gegen das Erfordernis der Abholbarkeit, die Seckel-Levy als entscheidendes Perfektionsmerkmal aufstellen. Und zwar in erster Linie nicht deshalb, weil beim Untergang der Kaufsache die Bestimmung des Kaufpreises unmöglich wird. Nötigenfalls könnte man noch nach Hilfsverfahren greifen, z.B. das leer gewordene Fass, dem der Wein entronnen ist, mit Wasser ausfüllen und auf diese Weise die Abmessung nachträglich bewerkstelligen. Ist aber das Fass selbst untergegangen oder erweislich nicht voll gefüllt gewesen, so ist der Nachvollzug der Messung gänzlich undurchführbar. Diese Eventualitäten machen schon an sich die angebliche prokulianische Lehre völlig unwahrscheinlich. Aber auch abgesehen von solchen Bedenken, scheint es praktisch vollkommen undenkbar, dass ein Verkäufer die bei sich befindliche Warenmenge durch den Käufer abholen lässt, bevor die Abmessung der Warenmenge vollzogen worden wäre. Als ob man eine ihm angebotene Schuldzahlung entgegennähme, die erhaltene Geldsumme aber erst zu Hause nachzählen wollte! Die angebliche prokulianische Lehrmeinung verstösst daher gegen den gesunden kaufmännischen Sinn. Einen solchen Satz den Prokulianern zuzumuten, geht es also einfach nicht an. Die bei Gaius tatsächlich vorfindliche Wendung („*Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant...*“) lässt mangels jeden anderweitigen Quellennachweises einer wirklichen Schulenkontroverse allein darauf Schluss ziehen, dass sich die genannten Schulhäupter mit der Frage befassten und den von Gaius mitgeteilten Standpunkt, der den praktischen Ansprüchen des Handelsverkehrs vollkommen genügt, eingenommen haben. Der Sabinianer Gaius ist begreiflicherweise gewillt, dieses Verdienst seiner Schule gebühlich hervorzuheben.

Wendung „aber noch keine bestimmte Menge festgelegt“ eigentlich heisst. Handelt es sich um eine konkret vorhandene, aber noch nicht abgemessene Warenmenge, also einen Spezieskauf, oder um eine noch nicht konkret ausgewählte Warenmenge, also einen reinen oder beschränkten Genuskauf.

¹⁹ Dieser Gedanke klingt schon an bei ERNST RABEL: Gefahrtragung beim Kauf, SZ 42 (1921) 555 Anm. 3.

Andererseits aber lässt sich u. E. mit guten Gründen nahelegen, dass die „Quasi-Bedingungslehre“ der Sabinianer in Wahrheit bloss eine Chimära ist. Es ist nämlich wohl bekannt, dass die Justinianer Perfektwerden und Bedingungseintritt ohne Bedenken zusammenwerfen. Die durch die Klassiker offengelassene Streitfrage, ob ein Dritter den Kaufpreis bestimmen kann, entscheidet Justinian, indem er den fraglichen Kauf als bedingtes Geschäft behandelt. Diese berühmte *decisio* des Kaisers ist quellenmässig eindeutig dokumentiert (vgl. Gai. 3,140 auf der einen, C. 4,38,15,1 und I. 3,23,1 auf der anderen Seite) und mittels einer handgreiflichen, längst anerkannten Interpolation im Digestentext (vgl. D. 19,2,25 pr.) durchgeführt.

Des weiteren darf keinesfalls ausser Betracht bleiben, dass unser Gaiustext (D. 18,1,35,5, lb. decimo ad ed. prov.) ersichtlich verstümmelt ist: „... *si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulos metretas, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emptio perfici. Quod similiter scilicet quaeritur et de his, quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri, ut in singulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris, aut in singulas libras quas adpenderis, aut in singula corpora quae adnumeraveris*“.

Der auf *quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri* folgende, mit *ut* eingeleitete Nebensatz ermangelt nämlich des Prädikats. Th. Mommsen schiebt darum am Anfang des Nebensatzes *<in singulas amphoras contrahatur aut>* ergänzungshalber ein. Während *<in singulas amphoras>* zweifelsohne gute Unterstützung in *quasve admensus eris* findet, denn Gaius gebraucht *metretas* – grammatisch ganz korrekt – im Maskulin, wird durch *<contrahatur>* der Satz gar nicht klarer gemacht. Der vorliegende Tatbestand ist ja schon durchaus eindeutig festgelegt: es geht um einen Quantitätskauf (*emptio ad mensuram*), wo die Zumessung, Zuwägung, Zuzählung der vorhandenen Warenmenge noch erübrigt. Nach der Mommsenschen Ergänzung beinhaltet aber der verstümmelte Nebensatz um nichts mehr als die blossе Wiederholung des übrigens keineswegs fraglichen Tatbestandes. Damit lässt sich unmöglich der Standpunkt der genannten Erzsabinianer tiefer begründen oder erklären.

Seckel-Levy wollen unseren Passus als Vertragsklausel auffassen, die ursprünglich etwa so gelautet haben mag: *<In singulas amphoras> quas admensus eris <denis hoc vinum est mihi emptum>*.²⁰ Gemäss der Exegese unserer Verfasser soll der Textausfall auf Gaius selbst zurückgehen. Die vermutliche Preisbestimmung von seiten des Käufers möge der Jurist ohne weiteres fallengelassen haben, er solle sich ja ausschliesslich für die Bedingung der Kaufperfektion interessiert haben. Doch springt einem sofort ins Auge, dass

²⁰ SECKEL-LEVY (o.Anm.9), S.184–185, ähnlich PENNITZ (o.Anm.16), S. 263.

ut mit Indikativ (<*denis hoc vinum est mihi emptum*>) unverträglich ist. Darum wollen die Verfasser das Gewicht dieses Wörtchens anscheinend abmildern und mit *velut* ersetzen. Aber *quasi sub hac condicione* zieht jedenfalls einen Konsekutivsatz nach sich, das Bindewort *ut* ist also zweifellos richtig am Platze. Aber auch abgesehen von der grammatischen Unebenheit, die Seckel-Levys Textergänzung mit sich bringen würde, lässt sich kaum denken, dass sich die Erzsabinianer zur Begründung ihrer Lehrmeinung einfach auf den Wortlaut der Geschäftsklausel berufen hätten. Diese Klausel hätte ja um nichts mehr enthalten, als was wir schon anderweit wissen, also den Tatbestand, worum es im Text geht. Somit sind wir mit der Exegese von Seckel-Levy eben da, wo mit der Textemendation Mommsens.

Wir möchten vermuten, dass die angeführten Schulhäupter auf den überaus nicht banalen Gedanken anspielen wollen, dass infolge der gemeinsam durchgeführten Messungstätigkeit der Parteien der Kauf in bezug auf die je einzelnen Warenpartien allmählich perfekt wird.²¹ Ebenso wie die je einzelnen Warenpartien nacheinander zugemessen, zugewägt, zugezählt werden, wird auch der Preis derselben im je einzelnen vereinbart. Daher möchten wir vorschlagen, unseren *ut*-Nebensatz am Ende mit dem Zusatzteil <*singillatim pretium statuatur (constituatur, dicatur)*> zu ergänzen.

Im Handelsverkehr, besonders im Grosshandel ist es üblich, dass der Kaufpreis von der zu kaufenden Warenquantität abhängig festgestellt wird. Je mehr man kauft, desto billiger! Der Gedanke liegt nun nahe, den handelsüblichen Rabatt schichtenweise zu verteilen, etwa in folgender Weise: bis zu einer gewissen Quantitätsgrenze zahlt man einen bestimmten Preis pro Einheit für die Ware, über dieser Grenze schon einen niedrigeren Preis pro Einheit und so weiter. Mathematisch ist es nun unleugbar elegant, die Verhältnisse so vorzustellen, dass eine jede nachfolgende Masseinheit aus der abzumessenden Ware für einen gewissermassen niedrigeren Kaufpreis verkauft wird als die vorangehende. Das gedankliche Modell, dessen sich die sabinianischen Schulführer bedienen, ist also alles andere als ausgeklügelt oder lebensfremd. Im Gegenteil, der Gedanke der Klassiker kommt den Erfordernissen des Grosshandels bei weitem entgegen.

Im Verlauf der handschriftlichen Überlieferung mögen die drei letzten Worte (<*singillatim pretium statuatur*>) unserem Konsekutivsatz entfallen sein. Die justinianischen Kompilatoren durchliefen den verstümmelten Nebensatz anscheinend nur kursorisch und recht oberflächlich. Den

²¹ Schroff ablehnend gegenüber dem Gaiustext AUGUST BECHMANN: *Der Kauf nach gemeinem Recht II* (Erlangen 1884, Neudruck Aalen 1965), S. 341–342: „...die Wendung dagegen, welche Gaius und seine Gewährsmänner der Sache geben, als sei jeder einzelne Teil usw. unter der Bedingung des Zuwägens verkauft, ist ersichtlich falsch und die heutige Wissenschaft sollte endlich diese unbeholfene und irrige Construction aufgeben“. Im Gegenteil will CASAVOLA (o.Anm.18) die je einzeln zugemessenen Warenpartien als je einzelne Spezies verkauft wissen.

eigentlichen Gedanken der Klassiker zu erfassen, waren sie offenbar nicht mehr imstande. Sie verstanden unseren Satz dahin, dass man hier einfach auf die wirkliche Durchführung der Warenabmessung als Voraussetzung der Kaufperfektion hinweisen wolle. Sie lasen also den Satz vermutlich so: ...*ut [in] singulos metretas aut [in] singulos modios [quos quasve] admensus eris aut [in] singulas libras [quas] adpenderis aut [in] singula corpora [quae] adnumeraveris*. Sie bemerkten nicht oder wollten nicht bemerken jene Satzteile, die als Überreste der früheren Fassung des Satzes diesem Verständnis anscheinend im Wege stehen. Vielmehr zogen sie ihren Lieblingsgedanken, Kaufperfektion sei eigentlich Bedingungseintritt, ermuntert heran. In der sabinianischen Lehrmeinung glaubten sie nämlich eine herzlich willkommene Bestätigung der unklassischen Entscheidung ihres Kaisers gefunden zu haben und sahen sich auch am hiesigen Ort dazu veranlasst, diesen Gedanken in den Digestentext hinterher einzuschmuggeln. Daher kamen sie auf den Entschluss, im *quia*-Satz, wo Gaius die Begründung der sabinianischen Lehrmeinung anzugeben beginnt, zwischen *quasi* und *hac condicione* arglistig die Präposition *sub* einzuschieben: *quia venditio quasi [sub] hac condicione videtur fieri, ut <in singulas amphoras aut> in singulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris aut in singulas libras quas adpenderis aut in singula corpora quae adnumeraveris <singillatim pretium dicatur>*. So erscheint der höchst praktische, geniale Gedanke der Klassiker in der Überlieferung nach dem Geschmack der justinianischen Juristen umgestaltet und zugestutzt.

Allerdings sind wir imstande, aufgrund der vorherigen Untersuchungen die Verwechslung von Bedingungseintritt und Kaufperfektion den Klassikern beruhigt abzusprechen.

III. Ist Hoffnung als Ware aufzufassen?

Dogmatische Erwägungen

Dem in der romanistischen Literatur bis zum heutigen Tag gang und gäbe vertretenen Lehrsatz, Hoffnung sei als Ware im Hoffnungskauf aufzufassen, können u. E. zwei unwiderstehliche Einwände entgegeng gehalten werden.

Der römische Kauf umfasst bekanntlich zwei Bestandteile: ein obligatorisches Verpflichtungsgeschäft und ein dingliches Verfügungsgeschäft. Zeitlich mögen diese Bestandteile auch zusammenfallen oder der Regel nach auseinanderfallen, ihre abweichende rechtliche Natur verbietet es doch gänzlich, sie miteinander zu verwechseln. Durch das Verpflichtungsgeschäft verpflichtet sich der Verkäufer dazu, die Ware dem Käufer zu übergeben, der Käufer auf der anderen Seite dazu, den Kaufpreis dem Verkäufer zu bezahlen. Diese Verpflichtung erfüllt sich dadurch, dass der Verkäufer die Ware wirklich übergibt, der Käufer den Kaufpreis wirklich bezahlt. Die Warenübergabe ist

Tradition, ein Verfügungsgeschäft, das regelmässig Eigentum an der Kaufsache auf den Käufer überträgt, aber jedenfalls den Besitz der Kaufsache ihm verschafft. Besitzverschaffung kann freilich ersetzt werden durch einen ihr gleichstehenden Akt, indem die Kaufsache als unkörperliche Sache (*res incorporalis*) der Tradition nicht fähig ist. Wird z.B. eine Forderung, ein Niessbrauch oder ein ganzes Vermögen verkauft, ist ein geeigneter Übertragungs-, bzw. Begründungsakt (*cessio, in iure cessio, Mancipatio*) unentbehrlich.

Ist aber Hoffnung schlechthin verkauft, so ist ein denkbares Verfügungsgeschäft offensichtlich ausgeschlossen. Hoffnung kann man unmöglich übergeben oder übertragen.²² Die Annahme, Hoffnung sei selbst die Kaufsache oder Ware im Hoffnungskauf, denaturiert den römischen Kauf in solchem Masse, dass es nicht mehr möglich erscheint, vom Kauf überhaupt noch ernsthaft zu sprechen.

Diesem Einwand schliesst sich ein anderer unmittelbar an. Ist im Hoffnungskauf nun tatsächlich Hoffnung verkauft, worin besteht die Erfüllung dieses Vertrags? Der Käufer hat selbstverständlich den Kaufpreis zu bezahlen, aber wozu ist der Verkäufer eigentlich verpflichtet? Was heisst überhaupt Hoffnung leisten?

Er darf allerdings die Hoffnung des Käufers nicht vereiteln, sondern soll seinerseits alles tun, was dieser Hoffnung zur Verwirklichung verhilft. Er soll das Fisch- oder Vogelfangnetz rechtzeitig auswerfen oder inmitten der Masse stehen und nach den Missilien greifen. Sind diese Akte des Verkäufers nun völlig erfolglos, so mag man alles beruhigt dabei bewenden lassen. Der Verkäufer hat ja seiner Leistungspflicht vollkommen genügt, alles getan, was zu tun von ihm erforderlich war.

Das Problem taucht erst im entgegengesetzten Falle auf. Sind tatsächlich Fische, Vögel, Wildtiere gefangen oder eine gewisse Menge von Missilien ergriffen, so ist er nun wirklich verpflichtet, dieses Erträgnis ohne weiteres dem Käufer zu übergeben? Hat er doch nicht schlechthin Hoffnung verkauft? Die Hoffnung selbst hat er ja schon vorher geleistet! Durch das Auswerfen des Fangnetzes hat er ja schon Hoffnung dem Käufer geleistet, die Warenleistung von seiten des Verkäufers ist also bereits vollzogen. Und folglich kann er sich nicht damit abfinden, dass er jetzt noch darüber hinaus auch die Fische, Vögel, Wildtiere, Missilien ohne Zusatzpreis dem Käufer herauszugeben verpflichtet

²² Offenbar deshalb sieht sich BERNHARD WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandektenrechts II*, 7. Aufl. (Frankfurt am Main 1891), S. 404 Anm. 8c, ähnlich 9. Aufl. (Frankfurt am Main 1906), S. 628, Anm. 8c, gezwungen zur verzweifelten Erklärung: „Das rechtliche Verhältnis ist, dass die Leistung des Verkäufers nicht in der Verschaffung der Sache, sondern in der von ihm abgegebenen Willenserklärung besteht, und der Käufer damit zufrieden ist“. Also der Hoffnungskauf ist ein Kauf, wo der Verkäufer mit dem Kaufabschluss bereits seine Leistungspflicht erfüllt!

sei. Hoffnung muss ja notwendig dasselbe bleiben, ob sie sich erfüllt oder nicht, darauf kommt es nicht an.²³

Diesem Rechtsstandpunkt ist freilich keineswegs zuzustimmen. Celsus selbst betont, dass der Fischer selbstverständlich haftet, wenn er den Fischfang dem Käufer zu übergeben verweigert (D. 19,1,12, lb. vicesimo septimo digestorum): „*Si iactum retis emero et ... si quod extraxit piscium reddere mihi noluit, id aestimari debet quod extraxit*“. Der modellartige Gedankengang als durchschlagendes *argumentum ad absurdum* folgt doch logisch einwandfrei aus dem herrschenden Konzept des Hoffnungskaufs und führt fogerichtig zu den letzten – offensichtlich absurden – Konsequenzen dieser Lehre. Als Kaufsache oder Ware kann keinesfalls blosser Hoffnung, sondern nur der Ertrag des Fanges, den der Verkäufer dem Käufer zu übergeben hat, angesehen werden.

Kritische Übersicht des Schrifttums

Diese nüchternere Sehweise tritt in der romanistischen Literatur manchmal auf. Die unumwundene Feststellung eines Disserenten aus 1731, des Johannes Ulricus Cramerus spricht für sich: „*Absonum sane est affirmare quod spes ematur. Neque enim emitur, nisi quod Emtori se traditurum promittit Venditor. ... Ergo pisces quos capturus est a piscatore Emtor emit*“²⁴ Ein so bedeutender Forscher wie August Bechmann lehnt die herrschende Meinung mit guten Gründen ab.²⁵ Ihm schliessen sich Friedrich Endemann²⁶ und später Fernand De Visscher²⁷ an. Doch vermögen diese Verfasser, die sich mit dem Thema sehr eingehend und tiefdringend befassen, keinen Durchbruch im Meinungsstand zu erreichen. Arangio-Ruiz,²⁸ Monier,²⁹ Calonge,³⁰ also Forscher, die besonderes

²³ Den Kern dieses Gedankenganges erkennt bereits FRANZ HOFMANN: *Das Periculum beim Kauf* (1870), S.108: „Die Hoffnung hast Du schon gehabt, die Fische behalte ich für mich“. EDUARD BRAUN: *Finden die Grundsätze des Kaufes auf die emtio spei Anwendung?* (Inaugural-Dissertation, 1896), S.16, wendet dagegen ein, „dass das Wesen der Hoffnung oder, anders ausgedrückt der Gewinnaussicht gerade darin besteht, dass der Käufer die Herausgabe der gefangenen Fische verlangen kann“. Na ja, gewiss, aber warum kann der Käufer die Herausgabe der gefangenen Fische verlangen? Selbstverständlich nur darum, weil er sie gekauft hat und nicht Hoffnung!

²⁴ JOHANNES ULRICUS CRAMERUS: *Specimen novum juris naturalis de aequitate in probabilibus, exemplo emtione spei illustrata* (Marburg 1731, 2. Aufl. 1754.), §5. Der aufgeschlossene, kritische Ton ist unbedingt dem Vernunftrecht zuzuschreiben. In unumwundene Beanstandungen gegen das römische Recht lässt sich ein auch KREYTTMAYR: *Anmerkungen über den Codex Maximilianeus Bavaricus*, S. 1487: „eine wider alle Vernunft streitende Absurdität“.

²⁵ BECHMANN (o.Anm.21), S. 142–144, 252–260.

²⁶ Vgl. bes. ENDEMANN (o.Anm.5), S. 408–414.

²⁷ Vgl. bes. DE VISSCHER (o.Anm.6), S. 21–31, 72–86.

²⁸ VINCENZO ARANGIO-RUIZ: *La compravendita in diritto romano I* (2.Aufl., Napoli 1956), S. 119: „Qui oggetto della vendita non è propriamente la cosa futura, ma le probabilità che si presentano del se e del quanto della sua produzione...“, S.121: „vendita di un'alea“.

²⁹ RAYMOND MONIER: *Manuel élémentaire de droit romain* (Neudruck Aalen 1977), S. 137–138.

Interesse dem römischen Kaufrecht entgegenbringen, kehren über die Gegenstimmen bedenkenlos zur Tagesordnung zurück. Führende Vertreter der Interpolationenkritik, so Vassalli,³¹ Beseler,³² Schulz³³ wollen den Hoffnungskauf den Byzantinern zuweisen, doch beschäftigt sie die dogmatische Struktur der betreffenden Figur keineswegs. Nach der siegreichen Antikritik von Daube³⁴ und Thomas,³⁵ die allgemeinen Beifall findet, sind auch die interpolationistischen Bedenken gegen den Hoffnungskauf ausgeräumt.

Mit besonderem Eifer feiert Calonge die Anerkennung des Hoffnungskaufs durch die römischen Juristen. In diesem Phänomen erblickt er die höchste Stufe der „Vergeistigung“ („*espiritualización*“) des Kaufbegriffs bei den Römern. Was man mit einem „vergeistigten“ Kauf praktisch anzufangen weiss, haben wir vorher aufzuweisen versucht. Besonders verfehlt ist aber die Argumentation, deren sich Calonge bedient, um die geschichtliche Notwendigkeit des Hoffnungskaufs bei den Römern darzulegen.³⁶ Er führt nämlich die Anerkennung dieses eigenartigen Kauftyps darauf zurück, dass solche Vereinbarungen in Stipulationsform nicht eingekleidet werden konnten. Gerade im Gegenteil, hätten sich zwei aufeinander bezogene Stipulationen – für den Käufer etwa in der Form: „*Pisces, qui proximo iactu retis tui retinebuntur, mihi dari spondesne?*“, für den Verkäufer aber in der Form einer abstrakten Geldstipulation – für das fragliche Geschäft juristisch viel brauchbarer erwiesen. Das grundlegende Problem, dass der Hoffnungskauf gegen die gegenseitige Bedingtheit der Leistungen im Kaufverhältnis (das sog. *funktionelle Synallagma*) verstösst, wäre ja hier vollkommen ausgeschieden. Aufgrund der abstrakten Geldstipulation hätte der Käufer die versprochene Summe bedenkenlos auch dann bezahlen müssen, wenn er vom Verkäufer nichts greifbares – ausser Hoffnung – erhalten hätte.

Auf diesen literarischen Meinungsstand lässt sich auch die allgemein verbreitete Ansicht in der Lehrbuchliteratur zurückführen. Es ist daher keineswegs überraschend, dass sich auch die neueren Lehrbücher und lehrhafte Einführungen in das römische Recht der herrkömmlichen Lehre verpflichtet

³⁰ Vgl. bes. CALONGE (o.Anm.1), S. 31–38, 211–214.

³¹ FILIPPO VASSALLI: *Studi giuridici III/I* (Studi di diritto romano) (Milano 1960), S. 372–374, athetiert [*cum quasi alea emitur*] und verdächtigt auch *quia spei emptio est*. Die Konzeption des Hoffnungskaufs hält er für byzantinisch, nur den Kauf eines *iactus retis* will er den Klassikern zuerkennen, der ihnen allerdings verschiedene Probleme aufwarf. Dieser Textkritik folgt MILAN BARTOSEK: *Spes en droit romain*, RIDA 2 (1949) 50.

³² BESELER, TR 8 (1928) 287–288 (eigensinnige Rekonstruktion). Erweiterte Athetierung in Scritt Ferrini III (Milano 1948), S. 295 (Fruges et paleae).

³³ FRITZ SCHULZ: *Classical Roman Law* (Oxford 1951, Neudruck Aalen 1992), S. 528: „The bold idea of an *emptio spei*, i.e. the sale of a pure chance, stands quite alone“.

³⁴ DAVID DAUBE: Purchase of a prospective haul, in *Collected Studies in Roman Law I* (Frankfurt am Main 1991), S. 55–560, früher in Studi Paoli (Firenze 1956), S. 203–209.

³⁵ THOMAS: *Venditio hereditatis and emptio spei*, Tulane Law Review 33 (1959) 541ff. (nicht zugänglich).

³⁶ Vgl. CALONGE (o.Anm.1), S.38–39.

wissen.³⁷ Jüngstens schliesst sich dieser Lehre József Benke³⁸ mit voller Überzeugung an.

Es ist freilich nicht zu verschweigen, dass die herrschende Lehre gelegentlich – meistens unbemerkt – in die von ihr bekämpfte abweichende Meinung übergeht. Sieht man sich nämlich gelegentlich veranlasst, den Begriff 'Hoffnung' für juristische Zwecke näher zu umschreiben, so kann man der Versuchung kaum widerstehen, die Hoffnung mit dem reellen Ertrag der fraglichen Geschäfte zu identifizieren. Ist der Fangversuch glücklich ausgefallen, so verkörpert sich die Hoffnung offenbar im handgreiflichen Ertrag des Untefangens, den der Verkäufer dem Käufer nunmehr zur Verfügung zu stellen hat. Damit gleitet man aber unausweichlich in die andere Meinung über. Diese unvermeidliche Verirrung erweist überzeugend, dass die herrschende Lehre eigentlich auf die abweichende Meinung angewiesen ist, sich nicht allein aufrechterhalten kann.

Zugleich gerät aber auch die abweichende Meinung in kaum überwindliche Verlegenheit. Und zwar dann, wenn der Fang fehlschlägt und dem Käufer nichts greifbares ergibt. Warum ist der Käufer dennoch verpflichtet, für nichts den Kaufpreis in Vollsumme zu leisten? Die formelljuristische Betrachtung weist hier auf die – ausdrückliche oder stillschweigende – Vereinbarung der Parteien hin. Der Käufer muss sich letzten Endes mit dieser nachteiligen Rechtslage abfinden, hat er ja doch selbst seine Einwilligung in diese Eventualität gegeben. Damit ist jedoch die Frage nicht beantwortet, ob eine solche Vereinbarung mit dem rechtlichen Rahmen eines Kaufgeschäfts überhaupt verträglich ist. Jedenfalls will der Käufer dem Verkäufer nicht schenken, sondern ein reines Kaufgeschäft eingehen.

De Visscher nimmt zur vielbehandelten *periculum est emptoris*-Regel Zuflucht, um die heikle Frage zu beantworten. Die Gefahrtragung des Käufers setzt aber bekanntlich das Perfektwerden des Kaufs voraus. Nun sieht sich De Visscher gezwungen, den Hoffnungskauf von Anfang an als perfekten Kauf anzusehen. Das geht aber keinesfalls an. De Visscher beruft sich darauf, der Kaufgegenstand sei schon beim Kaufabschluss im Bewusstsein der Parteien

³⁷ So u.a. KUNKEL/HONSELL (Berlin 1987), S.307, HERBERT HAUSMANINGER – WALTER SELB: *Römisches Privatrecht* (4.Aufl., Wien-Köln 1987), S. 286, THEO MAYER-MALY: *Römisches Privatrecht* (Wien-New York 1991), S. 110, EDOARDO VOLTERRA: *Istituzioni di diritto romano* (Roma 1972), S. 500, GIOVANNI PUGLIESE: *Istituzioni di diritto romano* (Padova 1986), S. 614–615, MATTEO MARRONE: *Istituzioni di diritto romano* (Palermo 1987), S. 636–637, MARIO TALAMANCA: *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990). In Ungarn BENEDEK (o.Anm.1), S. 171, FÖLDI-HAMZA (o.Anm.1), S. 501–502, JAKAB ÉVA – MOLNÁR IMRE: *Római jog* (Römisches Recht) (Szeged 2001), S. 305.

³⁸ JÓZSEF BENKE: A reményvétel „iskolapéldái” a római jogban („Schulbeispiele” des Hoffnungskaufs im römischen Recht), *JURA* 10/1 (2004) 32–38.

geistig vergegenwärtigt und dadurch eindeutig bestimmt.³⁹ Mit dieser Erklärung gelangen wir aber zum vergeistigten Kaufstyp der Römer, der – wie oben erwähnt – besonderen Beifall bei Calonge geerntet hat. Die gegenteiligen Theorien fliessen also unausweichlich ineinander, keine der beiden ist fähig, eine eigenständige, folgerichtige Erklärung für das Problem des Hoffnungskaufs zu geben.

Die Aussagen der Quellen

Der grösste Missgriff, den sich die herrschende Lehre zuschulden kommen lässt, ist zweifellos das grundsätzliche Missverstehen der einschlägigen Quellenaussprüche. Es ist höchst bezeichnend, dass Windscheid,⁴⁰ nachdem sein Glaube an die herkömmliche Lehre gewissermassen erschüttert worden ist, sich dennoch gezwungen sieht, zu unterstreichen, dass die Quellen dieses Gebilde zwar eindeutig anerkennen, nur ihre Ausdrucksweise nicht juristisch, sondern vielmehr ökonomisch zu interpretieren ist. Wenden wir uns also nun den Quellen zu!

Die Wendung *emptio spei* (=Hoffnungskauf) kommt bei Pomponius einmal tatsächlich vor. Es ist weiterhin kein einsehbarer Grund zu finden, die Klassizität des Ausdrucks abzuleugnen oder irgendwie in Zweifel zu ziehen. Aber was heisst eigentlich *emptio spei* im klassischen römischen Recht? Es steht fest, dass keinesfalls ein solches Kaufgeschäft, wo Hoffnung als Ware verkauft wird. Ein solcher abstruser Gedanke fällt einem Klassiker niemals ein. *Spes* im Ausdruck *emptio spei* ist keinesfalls als Genitivus obiectivus zu verstehen. Die Wendungen *spes emitur*, *spem emere* und dergleichen kommen in unseren Quellen niemals vor. Erst Accursius in der Glosse⁴¹ und die ihm folgenden Doktoren⁴² lösen den antiken Ausdruck *emptio spei* erklärungshalber auf diese Weise verbalistisch auf. Die textuelle Grundlage der herrschenden Lehre reicht also über das Mittelalter tiefer nicht zurück.

Einem ähnlichen Missverstehen fällt die herrschende Lehre zum Opfer auch angesichts der Wendung *alea emitur*. Hier ist *alea* keineswegs als Nominativ = *aleā*, sondern ausschliesslich als Ablativ = *aleā* (*ablativus modi*) anzunehmen. *Aleam emere* kommt nämlich weder in den römischen Rechtsquellen, noch – ausweislich des Thesaurus Linguae Latinae⁴³ – in der weiteren antiken Literatur vor, obwohl *alea ludere* mit *aleam ludere* sich wechselt.. Unsere Wendung lässt

³⁹ Vgl. De VISSCHER (o.Anm.6), S. 66–72. Besonders wagehalsig, S. 71–72: „Il faut et suffit donc à la perfection de la vente, que la réalisation de la chose soit conçue comme probable, et qu'elle le soit en effet, d'après les données connaissables au moment de la conclusion”.

⁴⁰ WINDSCHEID (o.Anm.22), ibi.

⁴¹ Digestum vetus seu Pandectarum iuris civilis I (Parisiis 1559), fol. 1728: ... *quia spes emitur*...

⁴² Vgl. die reichliche Dokumentation bei ENDEMANN (o.Anm.5), S.362–383.

⁴³ Vgl. Thesaurus Linguae Latinae I (Lipsiae MDCCCC) Sp. 1521–1522.

sich also korrekt nicht mit *Risiko kaufen*, sondern mit *risikohaft kaufen*, mit *Risiko kaufen* wiedergeben. *Aleâ* bezeichnet demnach in diesen und ähnlichen Ausdrücken nicht das Kaufobjekt selbst, sondern die besondere Art und Weise, das besondere Merkmal des fraglichen Kaufgeschäfts. Unumstössliche Bestätigung erfährt unsere Auslegung im Basilikentext,⁴⁴ wo *κόττω πρᾶσις γίνεται* = *aleâ venditio contrahitur* heisst, der Ausdruck also eindeutig auf die Modalität des Kaufs bezogen ist. Korrekt – im Ablativ – gebrauchen *aleâ* einige Schriftsteller, so Azo⁴⁵ oder Mühlenbruch.⁴⁶

Emptio spei wird also für die Klassiker mit aller Wahrscheinlichkeit einfachhin 'spekulativen Kauf' bedeutet haben, also ein Geschäft, zu dessen Abschluss sich beide Parteien durch Hoffnung auf im voraus unberechenbare Vorteile veranlasst sehen. Sowohl der Käufer, als auch der Verkäufer wollen hier einen übermässigen Geschäftsgewinn erreichen. Der Verkäufer rechnet damit, dass er auf diese Weise den materiellen Ertrag seiner Tätigkeit viel besser verkaufen wird, als ob er ihn auf den Markt hätte bringen müssen. Der Käufer rechnet auf der anderen Seite damit, dass er auf diese Weise viel billiger Fisch, Wild und desgleichen kaufen wird, als ob er diese Waren auf dem Markt hätte einkaufen müssen. Die Hoffnung ist also in diesem Zusammenhang nichts anderes als die spekulative Motivation, die beide Parteien bewegt und den Kaufabschluss von beiden Seiten her eigentlich veranlasst.

Kauf von Missilien

Ein besonderer Fall der *emptio spei* ist nach Pomponius der Kauf von Missilien, die in Rom anlässlich gewisser Feierlichkeiten von vornehmen Persönlichkeiten unter die Menge geworfen und durch geschickte Leute schnell aufgerafft worden zu sein pflegten. Sind diese Missilien Geldmünze, so hat wenig Wahrscheinlichkeit für sich, sie im voraus für eine bestimmte Pauschalsumme zu verkaufen. Der Verkäufer wird ja selbstverständlich keine besondere Anstrengung ausüben, je mehr Geldmünzen in der Masse aufzuraffen, wenn das Entgelt für seine Tätigkeit bereits feststeht.⁴⁷ Einige Kritiker⁴⁸ wiesen ausgerechnet auf diesen Fall hin, um den einschlägigen Digestentext zu entkräften. Missilien mögen aber – wie das vor kurzem Rolf

⁴⁴ B. 19,1,7 (=Heimbach II, 258-259).

⁴⁵ Summa AZONIS: *Locuples iuris civilis* (ed. H. Gigantis) (Lugduni 1585), fol. 89, col. 3, n. 6: „*Hoc ita, nisi id agatur, ut sola spes emat: veluti cum quasi alea emit... quia emptio spei est*”.

⁴⁶ CHRISTIANUS FRIDERICUS MÜHLENBRUCH: *Doctrina Pandectarum* (ed. secunda, Halis Saxonium 1827), S. 305: „... aut quasi alea res emitur...”

⁴⁷ Nicht überzeugend der Erklärungsversuch von ARANGIO-RUIZ (o.Anm.28), S. 120: „...a parte la notoria leggerezza di molti fra coloro che amano impegnarsi in ogni specie di gioco, possono anche concepirsi così abbondanti gettiti di *missilia*, che una larghissima percentuale dei presenti possa beneficiarne”.

⁴⁸ So VASSALLI (o.Anm.31), S. 372, und BESELER (o.Anm.32), SCRITTI FERRINI III, S. 295.

Knütel⁴⁹ anhand reicher Quellenbelege überzeugend nachweist – ausser Geldmünzen auch andere Gegenstände gewesen sein. So u.a. *tesserae*, die für verschiedene Warensorten (z.B. für Getreide, Wein, Öl, Holz, Textilien usw.) eingelöst werden konnten. Diese *tesserae* funktionierten also als Anweisungen, mittels derer brachliegende Warenvorräte gewisser Grosshändler umgesetzt werden konnten, die mit der den *iactus missilium* verordnenden Persönlichkeit politisch verbunden waren, sie finanziell unterstützen wollten. So ist es gut denkbar, dass Waren, die für den Aufraffer der ausgeworfenen *tesserae* keinen Wert hatten, anderen, z.B. Kleinhändlern, die im betreffenden Geschäftszweig interessiert waren, sehr wohl zunutze kamen.

Der Abschluss der Eviktionshaftung des Verkäufers, worauf Pomponius mit Nachdruck hinweist („... *et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur*“) (D. 18,1,8,1 i. f.), mag sich mit aller Wahrscheinlichkeit auf solche Waren bezogen haben, die für *tesserae* einlösbar waren. Die Eviktion von Geldmünzen ist freilich kaum vorstellbar.

Emptio spei und Erbschafts Kauf

Der Kauf einer ganzen Erbschaft als Gesamtvermögen ist den Quellen zufolge keinesfalls als *emptio spei* angesehen werden. Es ist nämlich ganz unerlässlich, dass die Erbschaft als Gegenstand des Erbschaftskaufs im Zeitpunkt des Kaufabschlusses rechtlich existiert. Den Kauf einer zukünftigen, erst erwarteten Erbschaft hielten die Römer für ein sittenwidriges, ungültiges Geschäft. Das legt Pomponius eindeutig nieder („*Si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit*“) (D. 18,4,1, lb. nono ad Sab.).

Auf diesen Grundsatz des Erbschaftskaufs weist auch Paulus mit Nachdruck hin: die rechtliche Existenz der Erbschaft zurzeit des Kaufabschlusses ist unerlässliche Bedingung der Gültigkeit des Kaufs („*Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio...*“). In dieser Hinsicht unterscheidet sich der Erbschafts Kauf von der *emptio spei* wesentlich. Im letzteren Fall ist nämlich die Ware beim Kaufabschluss noch nicht vorhanden und es ist grundsätzlich ungewiss, ob sie einmal überhaupt vorhanden sein wird. Dieser Gegensatz entgeht dem juristischen Scharfblick des Klassikers natürlich nicht („...*nec enim alae emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur*“) (D. eo. 7, lb. quarto decimo ad Plautium).

Ulpian betrachtet jedoch das Problem des Erbschaftskaufs aus einem anderen Gesichtspunkt. Er vergegenwärtigt sich die Erbschaft nicht bloss als eine juristische Entität, sondern hauptsächlich als eine ökonomische Grösse, die

⁴⁹ ROLF KNÜTEL: Hoffnungskauf und Eviktionshaftung, SZ 117 (2000) 445–453.

einen bestimmten Vermögenswert trägt. Aus diesem Gesichtspunkt her gesehen erregt nunmehr keine besondere Bedenken, den Erbschafts Kauf mit der *emptio spei* zu vergleichen. Wie bei der *emptio spei* gelegentlich vorkommen mag, dass der wirkliche Wert der Ware gleich Null ist, so mag auch bei einem Erbschafts Kauf der reelle Vermögenswert der Erbschaft letzten Endes Null oder eine negative Grösse annehmen. So ist es keinesfalls auszuschliessen, dass der Käufer ebenso, wie beim Kauf eines Fisch- oder Wildfangs, zum Schluss tief enttäuscht davongehen muss.⁵⁰ Diese Einsicht bringt Ulpian den Vergleich des Erbschafts Kaufs mit der *emptio spei* nahe („*Nam hoc modo admittitur esse venditionem 'si qua sit hereditas, est tibi empti', et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat ut in retibus*“) (D. eo. 11, lb. trigesimo secundo ad ed.).

Der Text ist allerdings nicht vollkommen in Ordnung.⁵¹ Aus dem zweiten Satz scheint etwas ausgefallen zu sein, der Satz ermangelt ja ersichtlich des Prädikats. Die Verfechter des Hoffnungskaufs sind freilich geneigt, *empta* in den mangelhaften zweiten Satz hineinzulesen. Diese Ergänzung würde aber offensichtlich tendenziös der vorausgesetzten Theorie dienen. Es empfiehlt sich hier daher, vorsichtiger und neutraler vorzugehen. Nach *spes* mag beim Abschreiben sehr leicht ein *est* ausgefallen sein. Somit fiel *spes* und *hereditas* unmittelbar nebeneinander, was Sinnstörung mit sich brachte. Ein späterer Abschreiber wollte dies ausräumen und nahm eine eigenwillige Emandation vor: er setzte *hereditas* in Genitiv. So entstand *spes hereditatis* in unserem Text, ein Ausdruck, der die Interpreten in Verirrung führte. Man glaubte nämlich annehmen zu müssen, hier sei die Existenz der Erbschaft selbst ungewiss, wie beim Hoffnungskauf die tatsächliche Beute. Selbst Kaser⁵² will die Stelle auf den Fall beziehen, dass sich der Verkäufer mittels der Klausel *si qua sit hereditas* von der Haftung befreien will, dem Käufer gegenüber eintreten zu müssen, falls er (der Verkäufer) die Erbschaft rechtlich nicht erwirbt. Für diesen Haftungsausschluss bediente man sich aber der Klausel *si quid iuris esset venditoris venire*, die Iavolen im vorigen Fragment behandelt (D. eo. 10, lb. secundo ex Plautio).

Die Klausel, mit der sich Ulpian befasst, lässt sich also weder auf die juristische Existenz der Erbschaft beziehen, noch auf den Haftungsausschluss des Verkäufers für den Fall, dass ihm die Erbschaft juristisch nicht zusteht. Es handelt sich hier vielmehr darum, dass die in Frage stehende Erbschaft durch die Parteien als ein ganz unbestimmter und ungewisser Vermögenswert in

⁵⁰ Eine ähnliche Lösung hat bereits THOMAS (o.Anm.35), S. 547–549, vorgeschlagen.

⁵¹ Übertriebene Textkritik bei VASSALLI (o.Anm.31), S.371 ff. Vgl. PETER STEIN: *Fault in the formation of contract in Roman and Scots law* (Edinburgh-London 1958), S. 80–82., CALONGE (o.Anm.1), S. 43–44, ARMANDO TORRENT: *Venditio hereditatis*. La venta de herencia en Derecho Romano (Salamanca 1966), S. 161–162.

⁵² MAX KASER: Erbschafts Kauf und Hoffnungskauf, *BIDR* 74 (1971) 54–56.

Betracht kommt.⁵³ Der Verkäufer gewährleistet also keinen Vermögenszuwachs dem Käufer zugunsten, er weist jede Garantiepflicht betreffs des Vermögenswertes der Kaufsache von sich schon von vornherein ab. Ulpian's Vergleich der Erbschaft mit *spes* will also die vollkommene Unbestimmtheit und Ungewissheit des Vermögenswertes der Erbschaft unterstreichen, nach unserer Rekonstruktion: *...et quasi spes <est> heredita[t]is: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retribus*. Das *incertum rei* muss auch hier einen abschätzbaren Vermögenswert darstellen, wie bei Celsus: „*Si iactum retis emero et iactare retem piscator noluit, incertum eius rei aestimandum est...*“ (D. 19,2,12, 1b. vicesimo septimo digestorum).

IV. Die dogmatische Struktur der behandelten Kauftypen

Die besonderen Kauftypen, die den Gegenstand unserer Untersuchung bilden, die herkömmlich sog. *emptio rei speratae* und *emptio spei*, stellen nicht voneinander abzutrennende Gebilde dar. Beide Typen lassen sich dogmatisch auf ein einheitliches Grundmuster zurückführen. Es handelt sich in beiden Fällen um einen Kauf unbestimmter Mengen von Fungibilien oder Sachgesamtheiten. Der Ertrag einer zukünftigen Ernte, die gefangene Fischmenge, sowie die aufgeraffte Menge von Missilien können als Quantitäten von Fungibilien angesehen werden. Die Vögel oder andere Wildtiere, die im Fangnetz erhalten geblieben sind, stellen vielmehr Sachgesamtheiten dar, wie eine Herde. Einen Grenzfall bildet das Sklavenkind, das an sich genommen ein unvertretbares Ding ist, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses jedoch nur generisch bestimmt werden kann.

Diese Fungibilien, bzw. Sachgesamtheiten bilden die Ware, um die es sich in diesen Kauftypen geht. Hoffnung ist unmöglich als Ware in Betracht zu kommen. Falls man das jedoch will, so ist nicht mehr vom Kauf, sondern von einem anderen Geschäftstyp die Rede. Anerkennungswürdig ist deshalb die Konsequenz des ABGB, wonach es sich hier um einen Glücksvertrag handelt (§§1267–1269). Das betont folgerichtig auch Franz Hoffmann. Endemann⁵⁴ hebt mit überzeugender Kraft hervor, dass die herrschende Auffassung des Hoffnungskaufs in Wahrheit darauf gerichtet ist, verschiedenartige Glücksspielverträge unter die Rubrik 'Hoffnungskauf' stellen und dadurch unter den altehrwürdigen Schutzschirm des römischen Rechts hereinbringen zu können.

Das besondere Merkmal der hier in Frage stehenden Kauftypen besteht jedoch darin, dass die Menge der Fungibilien, bzw. Sachgesamtheiten, die den Kaufgegenstand ausmachen, erst nach dem Kaufabschluss durch

⁵³ Dieser Auffassung kommt im wesentlichen nahe auch BECHMANN (o.Anm.21), S. 256–257, der die Ungewissheit auf das Dasein der Erbschaft bezogen wissen will.

⁵⁴ Vgl. ENDEMANN (o.Anm.5), S. 414–423.

unberechenbare Naturkräfte bestimmt wird. Demzufolge tragen beide Typen unleugbar aleatorische Züge: die zukünftige Ernte mag ebenso reichlich wie schmählich ausfallen, nicht anders als die Fisch- oder Vogelbeute im Netz. Während aber der Fruchtertrag beinahe nie auf absolut Null auslaufen kann, ist ein solches Ergebnis beim Fisch-, Vogel- oder Wildfang sehr gut denkbar. Auch die Tätigkeit des Aufräfers mag unter ungünstigen Umständen gänzlich erfolglos bleiben. Ausgerechnet nur darin ist ein gewisser innerer Unterschied zwischen *emptio rei speratae* und *emptio spei* zu erblicken. Auch die Geburt des Sklavenkindes mag natürlich völlig ausbleiben. Doch legt Pomponius hier mittels des Rückziehungsgedankens nahe, dass man einen solchen Kauf erst nach Konzipierung der Leibesfrucht abzuschliessen pflegte.

Ausser dem aleatorischen Zug ist eine andere gemeinsame Kennzeichnung dieser Geschäfte, dass sie beim Vertragsschluss noch notwendigerweise imperfekt sind. Die eigentliche Kaufsache tritt in beiden erst später durch unvoraussehbare Naturvorgänge in Erscheinung. Die Kaufsache ist bei der *emptio rei speratae* tatsächlich künftig, im Zeitpunkt des Kaufabschlusses noch nicht existent. Anders dagegen bei der *emptio spei*: die Fische, Vögel, Wildtiere, die einmal gefangen sein werden, leben und bewegen sich in der Natur im Zeitpunkt des Kaufabschlusses. Nur die Herbeischaffung der wirklich zu übergabenden Exemplare ist noch zukünftig.

Der imperfekte Kauf bringt nichtsdestoweniger Rechtswirkungen hervor. Und zwar nicht nur solche, die auch ein bedingtes Geschäft nach sich zieht. Der Verkäufer ist hier nicht nur negativ verpflichtet, das Perfektwerden des Kaufs nicht zu vereiteln, sondern positiv verpflichtet, die Perfektion des Kaufverhältnisses mit allen möglichen Mitteln herbeizuführen. Das Kaufverhältnis schliesst in sich nämlich nicht nur die Pflicht der Warenübergabe von seiten des Verkäufers und die Pflicht der Kaufpreiszahlung von seiten des Käufers. Diese Verpflichtungen können selbstverständlich erst im Zustand der Perfektion entstehen, wo sinngemäss die Ware bereits vollständig geeignet ist, sofort übergeben zu werden. Das Kaufverhältnis beschränkt sich aber in unserem Fall keineswegs auf den Zustand der Perfektion, sondern erstreckt sich auch auf den Vorbereitungsvorgang der Perfektion. Darum ist – wie betont – der Verkäufer schon im Zustand der Imperfektion positiv verpflichtet, die Perfektion zu bewerkstelligen.

Diese Erstreckung folgt aus der Eigenart des Lebensverhältnisses selbst, worauf sich der Kaufvertrag bezieht. Kauft man nämlich nicht unmittelbar vorhandene und übergebbare Dinge, sondern den zukünftigen Ertrag eines Baufeldes oder Weinberges, die Beute eines Fischzuges oder Wildjagd, so versteht es sich von selbst – der Natur der Sache gemäss –, dass zwischen Kaufabschluss und Kaufvollzug, also das Verpflichtungsgeschäft und das Verfügungsgeschäft ein nicht unwesentlicher Vorbereitungsvorgang stattfindet. Dieser Vorbereitungsvorgang gehört nun selbstverständlich dem Kaufverhältnis zu, m.a.W. das Kaufverhältnis erstreckt sich auf diesen Vorbereitungsvorgang.

Nun ist in unserem Fall das Perfektwerden des Kaufs besonders unberechenbaren Naturvorgängen ausgesetzt. Man könnte sogar sagen, das menschlich unkontrollierbare Spiel der Naturkräfte gibt hier den Ausschlag. Der Vorbereitungsvorgang, der dem Verkäufer positive Leistungspflichten auferlegt, ist darum in hohem Masse risikobeladen. Ist aber der Verkäufer seinen Leistungspflichten im Vorbereitungsvorgang vollständig nachgekommen, und bleibt das erwartete Ergebnis dennoch infolge menschlich unkontrollierbarer Naturereignisse aus, so hat der Verkäufer seine Leistung vollkommen dargebracht und demzufolge hat Anspruch auf die Gegenleistung des Käufers.

Unsere Kauftypen haben also mit der allgemeinen Gefahrtragungsregel *perfecta emptione periculum ad emptorem respicit* nichts zu tun. Die Gefahrtragungsregel regelt den Fall, wo der Verkäufer infolge menschlich unabwehrbarer, höherer Gewalt von seiner Leistungspflicht, die Kaufsache dem Käufer zu übergeben, befreit wird. In diesem Fall schreibt die Regel vor, dass der Käufer dennoch zahlungspflichtig ist, von seiner Leistungspflicht also nicht befreit wird. In unseren Kauftypen handelt es sich dagegen weder um höhere Gewalt, noch um die Befreiung des Verkäufers von seiner Leistungspflicht. Das Ausbleiben des erwarteten Erfolges muss nicht unbedingt auf höhere Gewalt zurückgeführt werden. Dass das ausgeworfene Fangnetz leer bleibt oder die Ernte gering wird, ist gewöhnlich nicht höherer Gewalt zuzuschreiben.

Was aber die dogmatische Struktur der in Frage stehenden Kauftypen am meisten kennzeichnet: hier wird der Verkäufer nicht von seiner Leistungspflicht, die Kaufsache dem Käufer zu übergeben, befreit, sondern diese Leistungspflicht kommt hier überhaupt nicht zustande. Denn wenn das Kaufverhältnis infolge Naturvorgänge den Zustand der Perfektion nicht erreicht, kann natürlich auch die Leistungspflicht des Verkäufers, die Kaufsache zu übergeben, nicht zustande kommen. Die Leistungspflichten aber, die im Vorbereitungsvorgang, also im Zustand der Imperfektion ihm oblagen, hat der Verkäufer erfüllt. Wozu er im Vertrag dem Käufer gegenüber verpflichtet hat, hat er also geleistet, so ist er nun berechtigt, auf die Gegenleistung Anspruch zu erheben. Das Modell, mittels dessen wir dogmatisch die wahre Natur der in Frage stehenden Kauftypen zu entdecken vermögen, ist deshalb nicht die Gefahrtragung des Käufers, sondern die ordentliche Erfüllung der Leistungspflicht von seiten des Verkäufers.

Unsere Kauftypen befinden sich zwischen Genuskauf und Spezieskauf irgendwo in der Mitte. Ein Genuskauf wird perfekt erst im Moment der Warenübergabe. Das Kaufverhältnis erstreckt sich deshalb hier auch auf den Vorbereitungsvorgang: der Verkäufer ist verpflichtet, die Ware nach Art, Quantität und Qualität der Verabredung gemäss herbeizuschaffen und dem Käufer zur Verfügung zu stellen. Diese Aufgabe ist allerdings menschlich durchführbar, Naturvorgänge sind gar nicht imstande, sie unmöglich zu machen, denn – wie bekannt – *genus perire non potest*. Deshalb kann sich die

Gefahrtragungsregel hier – abgesehen vom Gläubigerverzug – keine Anwendung finden.

Ein Spezieszkauf wird perfekt bereits im Moment des Kaufabschlusses. Die Erstreckung des Kaufverhältnisses auf die Vorbereitung der Perfektion kommt daher hier nicht in die Rede. Die Kaufsache kann hier aber durch menschlich unabwendbare Ereignisse – höhere Gewalt – vernichtet oder beschädigt werden. Darum tritt hier die Gefahrtragungsregel vollen Ernstes in Kraft.

Unsere Kauftypen sind dadurch gekennzeichnet, dass hier die Perfektion erst nach Kaufabschluss, wie beim Genuskauf, aber abweichend vom Genuskauf, risikobeladen, hauptsächlich infolge unberechenbarer Naturvorgänge erfolgt. Hier wird also das Kaufverhältnis notgedrungen auf den Vorbereitungsvorgang erstreckt. Die Gefahrtragungsregel findet hier vor Kaufperfektion sinngemäss keine Anwendung. Mit dem Perfektwerden kommt aber ein Spezieszkauf zustande, so steht der Anwendbarkeit der Gefahrtragungsregel nichts mehr entgegen.

Unsere Untersuchungen scheinen also zum Schluss die vielfach bezweifelte und abgeleugnete Existenz des römischen Genuskaufs wiederum zu bestätigen. Damit sind wir in verehrendem Einvernehmen mit dem hochverehrten Jubilar, der für die Existenz des römischen Genuskaufs schon mehrmals mit juristischer Klarsicht und praktischem Takt eingetreten ist.⁵⁵

Zugleich hegen wir die Hoffnung, dass diese Ausführungen über die Hoffnung im römischen Kaufrecht die wohlwollende Aufmerksamkeit des hochverehrten Jubilars gewinnen können.

BESSENYŐ ANDRÁS

HELYETTESÍTHETŐ DOLGOK, ILLETVE DOLOGÖSSZESSÉGEK HATÁROZATLAN TÖMEGÉNEK VÉTELE

(Kritikai megjegyzések a jövőbeli dolgok vételéhez)

(Összefoglalás)

A szerző mindenekelőtt vitatja, hogy a jövőbeli dolgok vétele mint egységes dogmatikai kategória fenntartása indokolt lenne. A hagyományos felfogás szerint idetartozik a *remélt dolgok vétele (emptio rei speratae)* és a *reményvétel*

⁵⁵ So u.a. IMRE MOLNÁR: „Periculum emptoris” im römischen Recht der klassischen Periode, *Sodalitas* 5 (Napoli 1984), S.2251.

(*emptio spei*). Egyes szerzők ezekhez még hozzáveszik az eladó által a vevő számára egyedileg elkészítendő dolog vételét is. Az utóbbi esetben az adásvétel tárgya a szerződés megkötésekor még valóban nem létezik, keletkezése azonban gyakorlatilag biztosnak tekinthető, hiszen kizárólag emberi tevékenység eredményeképpen jön létre. Az előző két esetben viszont az eredmény döntően nem emberi tevékenység, hanem természeti erők működésének eredménye. Ezen túlmenően a remélt dolog valóban jövőbeli, hiszen a leendő termés, állatszaporulat, születendő rabszolgagyermek az adásvétel megkötésekor még nem létezik. Reményvétel esetében azonban nem beszélhetünk jövőbeli dologról, hiszen azok a halak, vadak, madarak, amelyeket az eladó a vevő számára meg fog szerezni, már nyilvánvalóan léteznek a szerződés megkötésekor is, csak nem állnak még a felek rendelkezésére.

A szerző a továbbiakban a remélt dolgok vételével és a reményvétellel kapcsolatos hagyományos tanokat veszi bonckés alá.

A remélt dolgok vételét (Pomp. D. 18,1,8 pr.) általában feltételes adásvételnek tekintik. A szerződés azzal a feltétellel lép életbe, válik hatályossá, hogy a remélt dolog ténylegesen létrejön – a termést betakarítják, az állatkölyköt, rabszolgacsecsemőt anyjától elválasztják. Lehet-e azonban ügyleti feltételnek tekinteni az áru létrejöttét, hiszen itt valójában az adásvétel lényeges eleméről (*essentiale negotii*) van szó?

A szerző szerint ez olyan dogmatikai kisiklás lenne, amely semmiképpen sem tulajdonítható klasszikus jogtudósoknak. A Pomponius-szöveg félrevezette az értelmezőket, mivel itt valóban arról van szó, hogy a rabszolgagyermek megszületésével visszamenőleg úgy kell tekinteni, hogy már a szerződés megkötésétől fogva el volt adva, tehát a szerződés megkötésekor nyomban teljes mértékben hatályossá vált a felek között az adásvételi jogviszony („...ut cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur...”). Úgy tűnik, hogy itt a felfüggesztő feltétel bekövetkezésének tulajdonít visszamenőleges (retroaktív, *ex tunc*) joghatást Pomponius. Nem tekinthető azonban véletlennek vagy hibának, hogy a szövegben kimarad a gyümölcsökre történő utalás, kizárólag rabszolgagyermekről van szó. A szerző szerint ebből az következik, hogy Pomponius itt nem a felfüggesztő feltétel bekövetkezésének visszaható hatályát, hanem a *nasciturus*-fikciót alkalmazza.

Behatóan foglalkozik továbbá a szerző azzal a szakirodalomban elterjedt nézettel, mely szerint *emptio ad mensuram* esetében, ahol a felek a vételárat a dolog lemérésére alkalmas mértékegységben határozták meg, Sabinus és Cassius azt a később uralkodóvá vált felfogást képviselte, hogy a dolog lemérése, amely az adásvétel perfektuálódásához nyilván elengedhetetlen, voltaképpen az adásvétel felfüggesztő feltételének tekinthető (így Gaius, D. 18,1,35,5). A szerző szerint az adásvétel tárgyának konkretizációját, ill. a vételár pontos, szeszegyszerű meghatározását szolgáló lemérés mint perfektuáló tényező dogmatikailag nem tekinthető felfüggesztő feltételnek. Hiszen egy felfüggesztő feltétel bekövetkezését egyik fél sem köteles előidézni, csupán annak megakadályozá-

sától köteles tartózkodni. *Emptio ad mensuram* esetében viszont nyilvánvaló, hogy az eladó köteles záros határidőn belül megvalósítani a lemérést, a vevőnek pedig ebben együtt kell működnie vele.

Ismeretes, hogy a juszteniánuszi jogászok bizonyos esetekben egy kalap alá vették a szerződés perfektuálódását az ügyleti feltétel bekövetkezésével. Így azt a klasszikusok által el nem döntött vitakérdést, vajon harmadik személy meghatározhatja-e a vételárat vagy a bérleti díjat (vö. Gai. 3,140 és 143), Juszteniánusz úgy döntötte el, hogy ilyen esetekben az ügyletet feltételesnek kell tekinteni: ha a kijelölt személy a feladatot megfelelően végrehajtja, a feltétel bekövetkezett, az adásvétel, illetve a bérlet hatályos, ellenkező esetben nem (vö. C. 4,38,15, I. 3,23,1). Ez a megoldás tehát felfüggesztő feltételnek tekinti az ügylet egy lényeges alkatrészének meghatározását. A császári döntést a kompilátorok át is vezették a *Digesta* szövegébe (vö. D. 19,2,25 pr.), mégpedig éppen egy Gaiusnak az *edictum provinciale* szövegéhez írt kommentárjából vett fragmentumba. Igen plauzibilisnek tekinthető ezek után, hogy hasonló értelmű belenyúlás történt ugyanebbe a szövegbe az adásvétellel kapcsolatosan is. Az említett Gaius-hely (D. 18,1,35,5) tehát interpoláltak tekinthető, amennyiben az áru lemérését mit ügyleti feltételt állítja be.

A továbbiakban a szerző választ próbál adni arra a híres vitakérdésre, mit kell voltaképpen a reményvétel tárgyának tekinteni, mit adnak el reményvétel esetén. Az uralkodó tan a *Glossa Accursiana* óta itt egyszerűen a reményt, egy bizonytalan vagyonszerzés pusztá esélyét, lehetőségét tekinti árunak, az adásvétel tárgyának. Fő érve maga a *Digesta*-szöveg (D. 18,1,8,1), ahol Pomponius leszögezi, hogy „... *quasi alea emitur... quia spei emptio est...*” Egy kisebbségi nézet szerint viszont, melynek már a XVIII. században volt képviselője (Johannes Ulricus Cramer), majd a XIX. században (Franz Hofmann, August Bechmann, Friedrich Endemann) és a XX. században is (Fernand De Visscher), semmiképpen sem a pusztá remény, hanem csakis a reménybeli szerzés tényleges eredménye – a halászat, vadászat, madarászat során ténylegesen szerzett zsákmány – tekinthető árunak.

A szerző szerint egyik álláspont sem ad kielégítő megoldást a kérdésre. Az uralkodó tan, mely szerint magát a reményt kell árunak tekinteni ebben az adásvételben, dogmatikailag nem vehető komolyan. Áru csak az lehet a római adásvételben, ami *traditio* vagy más, ezzel egyenértékű rendelkező aktus – pl. *mancipatio*, *in iure cessio*, *cessio* – tárgyát képezheti. A reménynek adásvétel tárgyává nyilvánítása a római adásvétel teljes denaturálása, szerencseszerződés-sé történő átminősítése lenne, amint pl. az ABGB 1267. és 1269. §-a teszi. Nem lenne megindokolható továbbá, milyen alapon követeli a vevő az eladótól a kifogott halakat, zsákmányolt vadakat, madarakat. Hiszen ő reményt vásárolt, nem halat, vadat vagy madarat! Sikeres szerzés esetében tehát kétségtelenül a kisebbségi nézet van előnyben az uralkodó nézettel szemben.

Fordul azonban a kocka, ha a szerzési kísérlet sikertelen. Ilyenkor az uralkodó tan van előnyben a kisebbségi nézettel szemben. Ha ugyanis a vevő nem

reményt vásárolt, hanem a szerzés eredményét, a zsákmányt vásárolta meg, de nem kap semmit, mert nem sikerült semmit zsákmányolni, miért kell mégis fizetnie?

Teljesen félreérti továbbá az uralkodó tan a forrásszövegeket. Az egyik félreértés abban áll, hogy a *quasi alea emitur* kifejezésben a kockát, ill. átvitt értelemben kockázatot jelentő *alea* szót nominatívusban értik, holott az ablatívusban áll (*aleâ*) mint ablatívus modi. A kifejezés helyes fordítása tehát nem az, hogy 'kockázatot vesznek', hanem, hogy 'kockáztatva, kockázattal megterhelten, a kockázat tudatában' kötnek adásvételi szerződést.

A másik alapvető félreértés pedig abból adódik, hogy a kétségtelenül klaszszikusnak tekintendő *spei emptio* kifejezésben a *spei* szót genitívus obiectívusnak értelmezik. Valójában azonban ez nem genitívus obiectívus, hanem genitívus causae! A 'reményvétel' nem olyan vétel, amelynek tárgya, hanem amelynek alapja, motívuma, mozgatórugója a remény. Mindkét fél abban reménykedik, hogy kifejezetten jól fog jární, jóval nagyobb értékű szolgáltatást kap a másik féltől, mint amekkora ellenszolgáltatást ő nyújt neki. Ez a várakozás nyilván ugyanúgy megvan az eladóban, mint a vevőben, már csak ezért is abszurdum lenne a reményt az adásvétel tárgyának tekinteni. Az *emptio spei* tehát voltaképpen spekulációs jellegű adásvételt jelent. A *spem emere* kifejezés a latin irodalmi és jogászai nyelvben nem fordul elő. Nem zárható ki mindazonáltal, hogy zsargonszerű kifejezésként élhetett bizonyos körök, pl. a kereskedők, bankárok nyelvhasználatában.

A szerző végül összegezi álláspontját az *emptio rei speratae* és az *emptio spei* dogmatikai szerkezetét illetően. Nézete szerint mindkét esetben helyettesíthető dolgok, ill. dologösszességek adásvételéről van szó, amelyek keletkezése, mennyisége és minősége (*emptio rei speratae*), ill. mennyisége és minősége (*emptio spei*) a szerződés megkötésekor még ismeretlen, sőt emberileg előre nem is látható, mert döntően természeti erők működésén múlik. Az aleatórius jelleg tehát mindkét típusra jellemző. Némi különbség a két típus között csak abban található, hogy míg *emptio rei speratae* esetében jóformán teljesen kizárt, hogy egyáltalán semmi se teremjen, s ennél fogva a vevőnek semmiért kelljen fizetnie, *emptio spei* esetében viszont korántsem zárható ki teljesen, hogy a fogóháló üres marad, a zsákmány semmi. Ez a különbség azonban a dolgok természetéből következik, nem a két szerződéstípus jogi szerkezetéből. Jogi szerkezetük tekintetében ugyanis lényegében azonosaknak tekinthetjük őket.

Közös lényegük, hogy mindkét esetben olyan adásvételről van szó, amely megkötésekor még nem perfekt, csak az áru létrejöttével (*emptio rei speratae*), illetve megszerzésével (*emptio spei*) perfektuálódik. Az eladónak mindkét esetben értelemszerűen meg kell tennie minden emberileg lehetségeset ennek előmozdítása érdekében. Ha ennek a kötelezettségének nem tesz eleget, felelősségre vonható, amint Celsus világosan leszögezi (D. 19,1,12). Ugyanezzel magyarázható a Pomponius-fragmentum utolsó mondata is (D. 18,1,8,1 i.f.), értelme-

zéséhez ezért egyáltalán nincs szükség a *condicio pro impleta habetur*-fikcióra. De ha nem kifogásolható eljárása ellenére sem áll módjában az eladónak árut szolgáltatni, mert természeti erők folytán áru nem képződött vagy megszerzése eredménytelen volt, a szerződésből eredő kötelezettségeit a maga részéről hiánytalanul teljesítette, ezért a kikötött ellenszolgáltatásra teljes joggal igényt tarthat. Itt ugyanis az adásvételből nem egyszerűen az áru átadásának kötelezettsége hárul az eladóra, hanem egy időben viszonylag hosszabb, előkészítő folyamat megvalósítása is, amelynek befejeztével jöhet létre egyáltalán az immár egyedi meghatározottságot nyert áru tényleges szolgáltatására, irányuló közvetlen kötelezettsége.

A helyettesíthető dolgok, illetve dologösszességek határozatlan tömegének vétele, amelynek sajátossága, hogy az egyedileg meghatározott áru tényleges átadását megelőzően egy bizonytalan kimenetelű, kockázatos előkészítő szakasz iktatódik bele a jogviszonyba, dogmatikai szerkezetét tekintve kétségtelenül közel áll a sokat vitatott generikus adásvételhez. Hiszen az utóbbinál is az eladónak az egyedileg meghatározott áru közvetlen átadására irányuló kötelezettségét megelőzi a szolgáltatandó egyedek kiválasztásának kötelezettsége. Ez az előkészítő folyamat itt természetesen minden kockázattól mentes, végső eredménye már előre teljesen ismert és biztos. A szerző úgy véli, hogy az általa képviselt dogmatikai koncepció nagy mértékben alkalmas a római generikus adásvétellel kapcsolatban a legutóbbi időkig erőteljesen hangoztatott kételyek eloszlatására.